

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 50

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS

und Professor Dr. Michael R. WILL

Professor Dr. Manfred ZULEEG, Universität Frankfurt/Main

**GLEICHER ZUGANG VON MANN UND FRAU
ZUM ARBEITSLEBEN ALS EUROPARECHTLICHES
PROBLEM**

Vortrag vor dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes

Saarbrücken, 29. Mai 1985

GLEICHER ZUGANG VON MANN UND FRAU ZUM ARBEITSLEBEN
ALS EUROPARECHTLICHES PROBLEM⁺

Meine sehr geehrten Damen und Herren,

zu Beginn möchte ich meiner Freude darüber Ausdruck geben, die Gelegenheit zu haben, am Europa-Institut der Universität des Saarlandes über ein europarechtliches Thema zu sprechen. Vor geraumer Zeit, im Wintersemester 1970/71, habe ich hier eine Vertretung für Herrn Professor Constantinesco wahrgenommen. Ich freue mich ganz besonders, daß Herr Professor Aubin heute erschienen ist, unter dessen Fittichen als Geschäftsführender Direktor des Instituts ich damals meine ersten Unterrichtserfahrungen im Europarecht sammeln konnte.

Herr Professor Ress war so freundlich, mich zu einem Vortrag im Europa-Institut einzuladen. Ich darf mich dafür herzlich bedanken. Er hat mich darum gebeten, mich einem Gegenstand zuzuwenden, zu dem ich eigene Erfahrungen beisteuern kann. Ich komme der Aufforderung gerne nach, um ein Thema anschneiden zu können, an dem ich als Prozeßvertreter der Bundesregierung in einem Rechtsstreit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften¹⁾ unmittelbar Anteil genommen habe.

Das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in den Rechtssachen 14 und 79/83, das hier im Mittelpunkt stehen soll, ist deswegen besonders aufschlußreich, weil es dazu zwang, Grundfragen des europäischen Gemeinschaftsrechts anzusprechen und zu klären. Andere Streitfragen hat zwar der Europäische Gerichtshof noch nicht entschieden, sie sind aber immerhin im Laufe des Verfahrens aufgeworfen worden. Ich stelle Ihnen zunächst kurz dar, um was der Streit ging. Dann will ich die Vorfrage beantworten, wie der Europäische Gerichtshof überhaupt dazu kommt, eine Entscheidung auf diesem Sachgebiet zu fällen. Anschließend gehe ich auf die einzelnen Rechtsfragen ein, die der Gerichtshof gelöst hat.²⁾ Ich möchte aber auch die nicht vergessen, die lediglich berührt worden sind.

Das erste Ersuchen um Vorabentscheidung stammt vom Arbeitsgericht Hamm.³⁾

Die Kammer gibt in ihrem Vorlagebeschluß an den Europäischen Gerichtshof der Überzeugung Ausdruck, daß die beiden Klägerinnen von Colson und Kamann unter Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrecht diskriminiert worden seien. Das beklagte Land Nordrhein-Westfalen hätte sie beim Zugang zu der von ihnen angestrebten Beschäftigung gegenüber ihren männlichen Mitbewerbern so benachteiligt, daß die beiden Frauen von vornherein keine faire Chance im Bewerbungsverfahren gehabt hätten. Man ist versucht, von einer "klassischen" Diskriminierung zu sprechen. Was ist geschehen? Zwei Sozialarbeiterinnen bewarben sich um eine Einstellung in der Justizvollzugsanstalt Werl, in der sie bereits ein halbjähriges Praktikum mit gutem Erfolg abgeleistet hatten. In Werl sitzen nur Männer ein. Das Land Nordrhein-Westfalen hat aber nicht etwa erklärt, in Vollzugsanstalten für Männer dürften ausschließlich männliche Bedienstete arbeiten. Es gab durchaus Präzedenzfälle, daß weibliche Beschäftigte in Anstalten für Männer tätig waren, darunter eben die beiden Klägerinnen. Diese sahen die besondere Gelegenheit, eine feste Anstellung zu finden, als kurz nach Beendigung ihres Examens zwei Stellen an der Vollzugsanstalt zu besetzen waren. Darauf bewarben sich auch mehrere Männer. Schließlich kam es zu einer Entscheidung der Anstellungsbehörde, die stark von der Position des Leiters der Justizvollzugsanstalt Werl beeinflußt war. Dieser brachte grundsätzliche Bedenken vor, Frauen in einer Vollzugsanstalt für Männer zu beschäftigen, obwohl gerade die beiden Klägerinnen in der ihm unterstehenden Anstalt erfreuliche Leistungen als Praktikantinnen erbracht hatten. Die bei der Einstellung vorgezogenen Männer hatten hingegen noch keine Erfahrung im Vollzugsdienst. Sie hatten die schlechteren Zeugnisse als die Frauen, die von der Konferenz der Sozialarbeiter in der Justizvollzugsanstalt Werl vorrangig zur Einstellung vorgeschlagen worden waren. Ein augenfälliger Widerspruch tat sich insofern auf, als den beiden Klägerinnen ihr jugendliches Alter vorgehalten wurde, während ein Mann, der vor seiner Entpflichtung als Priester tätig gewesen war, "trotz seines Alters" für fähig gehalten wurde, erfolgreiche Arbeit in der Justizvollzugsanstalt zu leisten. Kurzum, das Arbeitsgericht Hamm konnte aus den geschilderten Vorgängen auf eine eindeutige Diskriminierung wegen des Geschlechts zu Ungunsten der Klägerinnen schließen.

Diese klagten auf Abschluß von Arbeitsverträgen als Sozialarbeiterinnen im Sozialdienst der Justizvollzugsanstalt Werl und auf Beschäftigung in diesem

Sozialdienst, hilfsweise auf Schadensersatz in Höhe von sechs zu erwartenden Monatsgehältern, dazu hilfsweise auf Schadensersatz in Höhe von DM 7,20 wegen der Unkosten für die Bewerbung. Die rechtlichen Erwägungen kreisten um § 611 a Abs. 2 BGB, der bei Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts den Ersatz des Vertrauensschadens gewährt. Abs. 2 bezieht sich auf Abs. 1, in dem das Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts beim Zugang zum Arbeitsverhältnis, bei der Beförderung und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verankert ist. Diese Regelung ist neben anderen, die hier aber nicht von Bedeutung sind, auf die Richtlinie Nr. 76/207/EWG des Rats zurückzuführen⁴⁾. Das Gesetz, durch das § 611 a in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist, hat der Gesetzgeber ausdrücklich als Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz gekennzeichnet.⁵⁾ Das Arbeitsgericht Hamm legte dem Europäischen Gerichtshof auf der Grundlage von Art. 177 EWGV eine Reihe von Fragen vor, die zu kompliziert gefaßt sind, als daß sie hier ungekürzt wiedergegeben werden könnten. Das Arbeitsgericht wollte hauptsächlich wissen, ob aus der erwähnten Richtlinie ein Einstellungsanspruch einer diskriminierten Person erwächst. Wenn das der Fall sein sollte, zielen einige Zusatzfragen darauf ab zu klären, wie dann die Bewerber zu gruppieren sind, ob nur der bestqualifizierte Bewerber in Betracht kommt, ob alle gleichwertigen Bewerber genommen werden müssen oder sogar ein nicht so gut qualifizierter Bewerber einzustellen ist. Alle Variationen hat das Arbeitsgericht genau aufgezeichnet. Sodann folgt zum ersten Hilfsantrag der Klägerinnen die Frage, welche Sanktion eine festgestellte Diskriminierung beim Zugang zu einer Beschäftigung nach den Vorschriften der Richtlinie Nr. 76/207/EWG zur Folge haben muß, wenn kein Anspruch auf Einstellung besteht. Schließlich will das Arbeitsgericht Hamm noch wissen, ob die Richtlinie in der Auslegung des Gerichtshofs unmittelbar geltendes Recht für die Bundesrepublik Deutschland darstellt.

Es bot sich die Gelegenheit, das Verfahren zur Vorabentscheidung aus dem Land Nordrhein-Westfalen mit einem Vorlageverfahren aus Hamburg zusammenzulegen. Dort lehnte ein Unternehmen, das mit Rohstoffen handelt und große Mengen Getreide nach Saudi-Arabien vertreibt, die Übernahme einer Bewerberin in das Trainee-Programm für Manager ab. Die beruflichen Fähigkeiten der abgelehnten Diplom-Kauffrau Harz wurden zunächst nicht in Zweifel gezogen, wohl aber die Eignung, Geschäftsbeziehungen mit Partnern aus arabischen Staaten zu pflegen. Die in diesen Ländern herrschenden sozialen und religiösen Strukturen schlös-

sen die Tätigkeit einer Frau aus. Erst nach der Klage der abgelehnten Bewerberin führte das Unternehmen mit ihr Einstellungsgespräche, die ergeben hätten, daß die Einstellung einzig und allein deshalb unterblieben sei, weil die Klägerin den Anforderungen nicht gewachsen sei. Die Klageanträge entsprachen in etwa den der Klägerinnen in Hamm. Das Arbeitsgericht Hamburg, das über die Klage der Diplom-Kauffrau zu entscheiden hatte, gelangte zu dem Schluß, daß die Bewerberin wegen ihres Geschlechts diskriminiert worden sei, und stellte in seinem Vorlagebeschluß an den Europäischen Gerichtshof Fragen, die sich weitgehend mit denen des Arbeitsgerichts Hamm deckten.⁶⁾ Im Verfahren muß der Gerichtshof insofern über zwei verschiedene Situationen entscheiden, als in Hamburg ein privater Arbeitgeber, in Hamm indessen ein öffentlicher Arbeitgeber verklagt war.⁷⁾

Wie kommt nun der Europäische Gerichtshof überhaupt dazu, das Gebiet des Arbeitsrechts zu beschreiten? Das ist leicht einzusehen, soweit die Freizügigkeit der Arbeitnehmer reicht. Ein Staatsangehöriger eines Mitgliedsstaats der Europäischen Gemeinschaft ist nach Art. 7 und 8 der Verordnung Nr. 1612/68⁸⁾ im individuellen wie im kollektiven Arbeitsrecht mit inländischen Arbeitnehmern gleichgestellt. Das nationale Arbeitsrecht wird so vom europäischen Gemeinschaftsrecht überlagert. Es ist hingegen nicht ohne weiteres zu erkennen, wieso sich die Europäische Gemeinschaft der Gleichberechtigung von Mann und Frau annimmt. Der "Aufhänger" im EWG-Vertrag ist Art. 119, der bei der ersten Betrachtung als Fremdkörper im Vertrag erscheint; denn auf dem Gebiet der Sozialpolitik haben sich die Verfasser des Vertragswerks ausgesprochen zurückhaltend bewegt, wie Art. 117 und 118 EWGV zeigen. Daran schließt sich eine Bestimmung an, die von jedem Mitgliedstaat verlangt, den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen anzuwenden und in der Folge beizubehalten. Man fragt sich, wie sich dieser Gegensatz erklären läßt. Des Rätsels Lösung geht aus der Entstehungsgeschichte hervor. Bei der Aushandlung des EWG-Vertrags waren sich die Delegationen der beteiligten Staaten uneins, wie weit ein wirtschaftlicher Zusammenschluß auch die Sozialpolitik erfassen muß. Die deutsche Seite vertrat den Standpunkt, man könne einen gemeinsamen Markt auch ohne einheitliche Sozialpolitik errichten. Dahinter steckte wohl der Gedanke, daß sich unterschiedliche Sozialkosten im Wechselkurs der Währungen niederschlagen und damit die Wettbewerbslage nicht wesentlich verzerren. Die französische Delegation ging vom entgegengesetzten Standpunkt aus:

ohne gemeinsame Sozialpolitik kein Gemeinsamer Markt. Letztlich hat sich die deutsche Ansicht durchgesetzt, wie sich leicht dem EWG-Vertrag entnehmen läßt. Als Zugeständnis an die unterlegene Seite geriet jedoch Art. 119 in den EWG-Vertrag hinein und damit die Gleichberechtigung von Mann und Frau beim Arbeitsentgelt. Die Regelung war also Bestandteil eines Kompromisses, der darauf gerichtet war, den wirtschaftspolitischen Vorstellungen der Verhandlungspartner gerecht zu werden und die aufgetauchten Divergenzen beizulegen.⁹⁾

Nunmehr kommt der Europäische Gerichtshof ins Spiel. Es ist interessant zu beobachten, wie er sich von der wirtschaftspolitischen Wurzel des Art. 119 EWGV allmählich löst, die allerdings auch gar nicht im Vertrag zum Ausdruck gelangt und nicht einmal in veröffentlichten Akten nachzulesen ist, weil nach wie vor die Verhandlungsprotokolle in den Archiven schlummern. Der Europäische Gerichtshof war daher nicht gezwungen, die wirtschaftspolitischen Motive aufzugreifen. Der Bereitschaft der Stewardess Defrenne aus Belgien, ihre Rechte als Frau zu verfechten, ist es zu verdanken, daß der Europäische Gerichtshof die Gelegenheit erhielt, auf Vorlagen belgischer Gerichte hin in insgesamt drei Verfahren die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben auf eine neue Grundlage zu stellen.¹⁰⁾ Der Europäische Gerichtshof erblickt in Art. 119 nicht nur eine Vorschrift, die Wettbewerbsgleichheit herbeiführen soll, sondern auch einen Weg zum sozialen Fortschritt.¹¹⁾ Später schiebt der Gerichtshof die menschenrechtliche Grundlage der Bestimmung in den Vordergrund.¹²⁾ Auf diese Weise koppelt der Gerichtshof die Bestimmung mehr und mehr vom wirtschaftlichen Hintergrund ab. Der Gerichtshof erachtet Art. 119 EWGV für unmittelbar anwendbar und hält private Arbeitgeber für verpflichtet, das Gebot gleichen Entgelts zu befolgen, obwohl im Text lediglich von der Pflicht der Mitgliedstaaten die Rede ist.¹³⁾ Frau Defrenne hat also Geschichte gemacht. Das zweite Verfahren brachte ihr auch persönlich einen Sieg: Ihren Bemühungen um Lohngleichheit zwischen Mann und Frau war Erfolg beschieden. Dieses Ergebnis galt freilich nicht für alle; denn nur diejenigen, die Klage erhoben hatten, konnten davon profitieren.¹⁴⁾ Hinfort ist allerdings der Grundsatz gleichen Entgelts nicht mehr von einer Klage abhängig. Im dritten Verfahren schlug der Versuch fehl, für Frau Defrenne gleiche Arbeitsbedingungen wie bei Männern zu erreichen. Der Europäische Gerichtshof lehnte dies ab, weil er sonst die Grenze des Vertrags

überschritten hätte. Die Antwort auf die Vorlagefrage lautete daher, daß Art. 119 EWGV lediglich die Lohngleichheit von Mann und Frau, nicht aber Gleichheit bei sonstigen Arbeitsbedingungen gewähre.¹⁵⁾ Immerhin wies der Europäische Gerichtshof in seiner Begründung einen Weg, um auch insoweit zu Fortschritten zu gelangen. Vorarbeit hatte die Kommission geleistet, der Rat schloß sich ihr an. Kommission und Rat nahmen die Befugnis in Anspruch, über Richtlinien die Gleichberechtigung weiter auszubauen, als sie in Art. 119 EWGV vorgesehen ist. Dazu bedarf es einer Rechtsgrundlage. Sie wurde in Art. 235 EWGV gesucht. Aus ihm ist zu ersehen, daß ein Vertragsziel vorhanden sein muß, das es zu verwirklichen gilt. Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben ist nur unvollkommen im Vertrag ausgeprägt. Art. 119 EWGV zeigt jedoch, daß die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben ein Anliegen der Gemeinschaft ist. In der Präambel heißt es, daß die Lebens- und Beschäftigungsbedingungen auf dem Wege des Fortschritts zu fördern sind.¹⁶⁾ Der Europäische Gerichtshof hat denn auch anerkannt, daß die Gemeinschaft über Richtlinien ein sozialpolitisches Gesetzgebungsprogramm verwirklichen und dabei über Art. 119 EWGV hinausgehen kann.¹⁷⁾

Auf dieser Grundlage ist die Richtlinie ergangen, die zur Umgestaltung oder, genauer ausgedrückt, zur Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs geführt hat. Sie war Gegenstand der Vorlagefragen. Die Richtlinie ist umständlich gefaßt. Sie legt zunächst in Art. 1 das Ziel des Ausschlusses jeder Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsverhältnis und bei der Beförderung fest. In Art. 2 wird dann das Diskriminierungsverbot, das bereits in der Zielvorschrift erscheint, noch einmal wiederholt. Art. 3 - 8 bestimmen die Reichweite des Verbots, wobei besonders wichtig ist, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um unvereinbare Rechtsvorschriften zu beseitigen. Art. 6 ist ebenfalls von Bedeutung, wo es heißt, daß jeder, der sich wegen der Nichtanwendung des Grundsatzes auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann.

Aufgrund dieses Inhalts haben die Arbeitsgerichte in Hamm und in Hamburg die Richtlinie herangezogen, um die Frage daran anzuschließen, ob sich daraus nicht eine Möglichkeit ergäbe, einen Einstellungsanspruch zu begründen, oder, wenn das verneint werden sollte, doch zumindest ein Anspruch auf spürbaren

Schadensersatz. Das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz fügte zwar in Gestalt von § 611 a Abs. 2 BGB eine Norm über den Schadensersatz bei Verletzung des Diskriminierungsverbots ins deutsche Privatrecht ein, gewährte aber nur den Vertrauensschaden. Der Großteil des dazu veröffentlichten Schrifttums, vielleicht sogar alle Autoren, legen § 611 a Abs. 2 BGB so aus, daß der Schadensersatz minimal bemessen sei.¹⁸⁾ Wer um die Freiheit der Unternehmer fürchtet, wird auf dem Standpunkt stehen, daß es so seine Richtigkeit habe.¹⁹⁾ Die Gegner einer Zurücksetzung der Frau erachteten die Norm für unzulänglich und brachten das zum Teil mit kräftigen Worten zum Ausdruck. Die Diskriminierung der Frau sei besonders preiswert, so lautete eine Bemerkung.²⁰⁾ Die Bestimmung beschränke sich auf die Bewerbungskosten, in der Hauptsache auf das Porto für das Bewerbungsschreiben. Schon hatte der Absatz seinen Namen, nämlich "Porto-Paragraph".²¹⁾

Der Europäische Gerichtshof sah sich erneut gezwungen, zu den Rechtswirkungen der Richtlinie des europäischen Gemeinschaftsrechts Stellung zu nehmen.²²⁾ Das warf die Frage auf, wie weit sich der Richter der Gemeinschaft in das nationale Recht hinein begeben und dessen Auslegung und Anwendung lenken darf. Der Gerichtshof mußte auch auf andere Probleme eingehen, von denen ich nur einige herausgreifen kann.

Welche Neuerungen brachten die Urteile in den Rechtssachen 14 und 79/83 zu den Rechtswirkungen der Richtlinie? In Gestalt der Richtlinie Nr. 76/207/EWG haben wir einen Rechtsakt vor uns, der im Gegensatz zu manch anderem dem klassischen Bild der Richtlinie des EWG-Rechts entspricht. Nach Art. 189 Abs. 3 EWGV wird das Ziel verbindlich festgelegt, die Mittel und die Form bleiben hingegen den Mitgliedstaaten überlassen. Die Gemeinschaft hat schon eine Reihe von Richtlinien hervorgebracht, die keinerlei Spielraum für die Mitgliedstaaten erkennen lassen. Der Gerichtshof hat das hingenommen und an bestimmt gehaltene Vorschriften in Richtlinien die Folgerung geknüpft, daß sich daraus subjektive Rechte herleiten ließen, die von den nationalen Gerichten zu beachten seien.²³⁾ Die Rechte können dazu führen, daß aufgrund des Vorrangs der gemeinschaftlichen Rechtsordnung das nationale Recht zurückzutreten hat.²⁴⁾

Die Richtlinie Nr. 76/207/EWG schreibt zwar eindeutig vor, das Diskriminie-

rungsverbot im nationalen Recht zu verankern. Sie gibt aber nicht an, in welcher Weise dieses Verbot wirksam gemacht wird. Art. 6 der Richtlinie läßt lediglich erkennen, daß die Einzelnen Rechte haben sollten, die sie vor nationalen Gerichten geltend machen können. Die Mitgliedstaaten haben den dafür erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren. Die Wirksamkeit wurde vor dem Gerichtshof vor allem von Sanktionen erwartet.²⁵⁾ Die Richtlinie gibt freilich keinen Anhaltspunkt, mit welchen Rechtsfolgen ein Verstoß gegen das Verbot zu belegen ist. Der Schluß ist daher unausweichlich, daß die Richtlinie für die Frage nach den Sanktionen keinen greifbaren Hinweis bietet. Die meisten Plädoyers lehnten daher eine Sanktion aus der Richtlinie und damit einen Einstellungsanspruch ab. Die Plädoyers für die zurückgewiesenen Bewerberinnen suchten durch eine Kombination mit nationalem Recht die Möglichkeit zu eröffnen, trotz der unbestimmten Fassung der Richtlinie zu einem Einstellungsanspruch vorzustoßen. Der Gerichtshof ist dem nicht gefolgt. Er hat sich der Auffassung angeschlossen, die vor Gericht vorherrschend war, daß es die Fassung der Richtlinie Nr. 76/207/EWG verhindere, konkrete Rechtsfolgen daraus herzuleiten und für die Vorlagefälle zu verwerten. Im ersten Satz der Vorabentscheidung heißt es daher, daß die Richtlinie nicht vorschreibe, als Sanktion für eine wegen des Geschlechts erfolgte Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung den Arbeitgeber, der Urheber der Diskriminierung ist, zum Abschluß eines Arbeitsvertrags mit dem diskriminierten Bewerber zu verpflichten. Damit erübrigten sich die Zusatzfragen der Arbeitsgerichte, die mit dem Einstellungsanspruch zusammenhingen.

Ein solcher Anspruch war freilich noch nicht völlig vom Tisch; denn er konnte sich aus dem Zusammenspiel mit dem nationalen Recht ableiten lassen, wie die Prozeßvertreter der Hamburger Klägerin darlegten. Deren Gedankengang läßt sich so skizzieren: Ein geringfügiger Schadensersatz läßt das Diskriminierungsverbot nicht wirksam werden. § 611 a Abs. 2 BGB verstößt daher gegen Gemeinschaftsrecht. Dieses genießt Vorrang vor nationalem Recht. Mit hin ist § 611 a Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Scheidet er auf diese Weise aus, ist das allgemeine Gefüge des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr länger zurückgedrängt, der Anspruch diskriminierter Bewerber nicht auf den Vertrauensschaden eingengt.²⁶⁾ Niemand kann bestreiten, daß der aufgrund der Richtlinie geschaffene § 611 a Abs. 1 BGB, der das Diskriminierungsverbot im deutschen Recht verankert, ein Schutzgesetz darstellt.²⁷⁾ Damit ist die Brücke

zu § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 249 BGB geschlagen. Der Anspruch führt zur Naturalrestitution, also zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers oder der diskriminierten Bewerberin.

Diese Überlegungen entbehren nicht der Überzeugungskraft. Der Europäische Gerichtshof hat sich aber nicht darauf eingelassen, wohl aus der Einsicht heraus, daß der nationale Gesetzgeber wegen der Dürftigkeit des Schadensersatzes nach § 611 a Abs. 2 BGB genau zum Gegenteil dessen gezwungen worden wäre, was vermieden werden sollte, nämlich ein Recht auf Zugang zu einem bestimmten Arbeitsplatz zu begründen.²⁸⁾ Die anderen Mitgliedstaaten legten diese Konsequenz auch nicht fest, allenfalls könnte man Italien bis zu einem gewissen Grad ausnehmen.²⁹⁾ Die Richtlinie Nr. 76/207/EWG zwingt auch nicht dazu, deshalb sollte ein vom nationalen Gesetzgeber unerwünschtes Ergebnis nicht dadurch erzielt werden, daß man eine wesentliche Bestimmung aus dem nationalen Recht herauslöst.

Wollte der Europäische Gerichtshof nicht einen Verstoß gegen die Richtlinie im Vorabentscheidungsverfahren auf sich beruhen lassen und die Gemeinschaft auf das Verfahren der Gemeinschaftsaufsicht nach Art. 169 EWGV verweisen, was für die Klägerinnen in den Ausgangsverfahren keine Abhilfe bedeutet hätte, mußte der Gerichtshof einen Ausweg suchen, stand doch für ihn fest, daß § 611 a Abs. 2 BGB eine ungenügende Sanktion darstellt, wie in der mündlichen Verhandlung bereits in Ansätzen erkennbar war und später in den Urteilen zum Vorschein kam. Der Gerichtshof verlangt aber, daß Zuwiderhandlungen gegen Regelungen, die aufgrund der Richtlinie vom nationalen Rechtsetzer zu schaffen sind, mit spürbaren Sanktionen versehen sein müssen.³⁰⁾ Hätte man auf das Verfahren der Gemeinschaftsaufsicht vertraut, um der Bundesrepublik Deutschland eine Vertragsverletzung anzulasten, weil sie sich mit einem symbolischen Schadensersatz begnügt, hätte der Mitgliedstaat erst nach dem Feststellungsurteil das Gesetzgebungsverfahren einleiten müssen, um eine spürbare Sanktion ins Bürgerliche Gesetzbuch einzubauen.

Der Gerichtshof griff eine in früheren Jahren geäußerte Idee auf: die gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts.³¹⁾ Der Europäische Gerichtshof stellt diese Rechtsfigur in den beiden Urteilen zur Richtlinie Nr. 76/207/EWG deutlich heraus. In der Tat bietet die gemeinschaftskonforme Betrach-

tung des nationalen Rechts den Schlüssel zur Lösung des Dilemmas, daß einerseits die Richtlinie keine Sanktion nennt, andererseits aber ein symbolischer Schadensersatz nicht genügt.

Der Grundsatz der gemeinschaftskonformen Auslegung nationalen Rechts setzt einen anderen Grundsatz voraus, den der Europäische Gerichtshof erneut betont, daß nämlich die nationalen Gerichte dazu beizutragen haben, das europäische Gemeinschaftsrecht effektiv zu gestalten.³²⁾ Die Gerichte der Mitgliedstaaten stehen unter der Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue aufgrund von Art. 5 EWGV. Diese erfaßt also die Bundesrepublik Deutschland nicht nur als Gesamtheit nach außen, sondern erstreckt sich auf alle Staatsorgane einschließlich der Gerichte bis hin zu den Gerichten der Länder. Diese Reichweite wurde zwar nicht ausdrücklich erwähnt, sitzen aber zwei deutsche Richter im Gerichtshof, die den Aufbau der Gerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland kennen, kann es gar nicht anders sein, als daß alle staatlichen Gerichte in der Bundesrepublik umfaßt sind, zumal die vorlegenden Arbeitsgerichte Organe der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg sind. Die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung wendet sich folglich bei bundesstaatlicher Gliederung auch an die Gliedstaaten und bindet deren Organe. Für die Einhaltung des europäischen Gemeinschaftsrechts ist nicht allein die Bundesregierung als Außenorgan der Bundesrepublik Deutschland verantwortlich.

Stehen diese beiden Grundsätze fest, erhebt sich die Frage, ob nun das deutsche Recht eine Möglichkeit offenläßt, dem Diskriminierungsverbot nach Art. 1 und 2 der Richtlinie Nr. 76/207/EWG und auf deren Grundlage des § 611 a Abs. 1 BGB zu einer spürbaren Sanktion zu verhelfen. Nahezu einhellig erblickte man in § 611 a Abs. 2 BGB das große Hindernis.³³⁾ In einem renommierten Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch ist zu lesen, daß im Falle einer Diskriminierung nach dem Geschlecht nur der Vertrauensschaden ersetzt werde. Das Wörtchen "nur" ist dabei fett gedruckt.³⁴⁾ Es mag sein, daß die Urheber des § 611 a Abs. 2 BGB sich gedacht haben, der Ersatz des Vertrauensschadens wäre die einzige Sanktion zu Abs. 1. In den Gesetzestext hat dies indessen keinen Eingang gefunden. Das Wörtchen "nur" fehlt in § 611 a Abs. 2 BGB. Die wortgetreue Auslegung schließt also nicht aus, weitergehende Schadensersatzansprüche als den anzunehmen, dem der EuGH lediglich symbolische Bedeutung beimißt.³⁵⁾

Nimmt man die Gesetzessystematik zu Hilfe, ist daran zu erinnern, daß § 611 a BGB durch ein Gesetz ins Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt worden ist, das den Namen "EG-Anpassungsgesetz" trägt. Die Regelung wurde geschaffen, um die Richtlinie Nr. 76/207/EWG auszuführen. Der nationale Gesetzgeber unterwirft sich den Verpflichtungen aus der Richtlinie, wie aus der Bezeichnung des Gesetzes hervorgeht. Daraus kann man schließen, daß die Richtlinie in dem Ausmaß verwirklicht werden soll, das erforderlich ist, um das gesetzte Ziel zu erreichen. Deswegen ist die Auffassung nicht zu teilen, die im Urteil des Arbeitsgerichts Hamm geäußert wird, daß aus systematischer Sicht eigentlich andere Anspruchsgrundlagen ausgeschaltet sein müßten.³⁶⁾ Sind sie zur wirksamen Umsetzung der Richtlinie unerlässlich, muß auf sie zurückgegriffen werden.

Als weitere Anspruchsgrundlagen kommen § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts des zurückgewiesenen Bewerbers oder der zurückgewiesenen Bewerberin sowie § 823 Abs. 2 in Verbindung mit § 611 a Abs. 1 BGB in Betracht.³⁷⁾ Der Anspruch wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes ist nach § 249 BGB grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichtet. Hier ist aus § 611 a Abs. 2 BGB heraus eine Einschränkung am Platze. Wird Vertrauensschaden ersetzt, muß Vertrauen enttäuscht worden sein. Bestünde ein Einstellungsanspruch, bedürfte es der Norm nicht. Daraus ist zu schließen, daß der Gesetzgeber mit § 611 a Abs. 2 BGB einen Anspruch auf Einstellung für den diskriminierten Bewerber oder die diskriminierte Bewerberin ausschließen wollte. So steht es auch in der Begründung zum Gesetzesentwurf.³⁸⁾ Dieses Anliegen des Gesetzgebers ist zu respektieren, sofern dem europäischen Gemeinschaftsrecht damit Genüge getan ist. Die Richtlinie Nr. 76/207/EWG gebietet keinen Einstellungsanspruch. Im Sinne des normerhaltenden Prinzips, das bei verfassungskonformer Auslegung nach deutschem Recht gilt,³⁹⁾ kann § 611 a Abs. 2 BGB in der Funktion, Naturalrestitution zu verweigern, aufrechterhalten bleiben.

Im übrigen ist jedoch zu bedenken, daß das europäische Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht genießt, wenn man § 611 a Abs. 2 BGB weitergehende Wirkung zuerkennen will. Die Benennung als "EG-Anpassungsgesetz" unterstreicht diese Notwendigkeit. Der höhere Rang ist nicht auf unmittelbar anwendbare Vorschriften des Gemeinschaftsrechts beschränkt.⁴⁰⁾ Vertragliche

und deliktische Ansprüche schließen einander nach deutschem Recht nicht aus. Es ist aber der Grundsatz aufgestellt, daß auf Gesetz oder Vertrag beruhende Eingrenzungen der Haftung gegenüber deliktischen Ansprüchen durchgreifen.⁴¹⁾ § 611 a Abs. 2 BGB gibt zwar keinen vertraglichen, wohl aber einen gesetzlichen Anspruch, der so ins Vertragsrecht eingebettet ist, daß man die Konkurrenzregel auf das Verhältnis zum Deliktsrecht darauf übertragen könnte. Dem steht indessen das vorrangige Gemeinschaftsrecht entgegen. Es verlangt eine spürbare Sanktion, die nur über das Deliktsrecht herbeizuführen ist. Die Regel, daß die Haftung aus unerlaubter Handlung auf den nach Vertragsrecht zugestandenen Haftungsumfang eingegrenzt ist, muß dem vorrangigen Gemeinschaftsrecht weichen.⁴²⁾

Genau genommen ist das keine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts; denn die Konkurrenz verschiedener Anspruchsgrundlagen ist nach deutschem Privatrecht zumeist gesetzlich gar nicht festgelegt. Die Regeln entspringen überwiegend richterlicher Rechtsschöpfung, stellen also Richterrecht und nicht Gesetzesrecht dar, das auszulegen wäre. So auch hier. Wird das Richterrecht im Lichte des Gemeinschaftsrechts umgestaltet, müßte man daher von gemeinschaftskonformer Rechtsfortbildung sprechen.⁴³⁾ Die Regeln des Richterrechts für die Konkurrenz verschiedener Anspruchsgrundlagen aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch zueinander sind so zu fassen, daß sie dem europäischen Gemeinschaftsrecht Rechnung tragen. Aus diesem Grunde können neben dem Anspruch aus § 611 a Abs. 2 BGB Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB geltend gemacht werden, um eine spürbare Sanktion für Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot zu ermöglichen. § 611 a Abs. 2 BGB wird dadurch nicht völlig bedeutungslos, weil er nach wie vor einen Einstellungsanspruch verhindert.

Die Urteile der Arbeitsgerichte, die das Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in Gang gebracht haben, sind mittlerweile gefällt. Das Arbeitsgericht Hamm stützt sich auf den Europäischen Gerichtshof, um die Bedenken, die es aus systematischer Sicht gegen die Anwendung des § 823 BGB hegt, zu überwinden. Es ist freilich nicht allein die Autorität des Europäischen Gerichtshofs, die dieses Ergebnis trägt, sondern in erster Linie der vom Gerichtshof aufgestellte Grundsatz gemeinschaftskonformer Auslegung, der durch den Grundsatz gemeinschaftskonformer Rechtsfortbildung erweitert wird. Das Arbeitsge-

richt Hamm billigt den Klägerinnen je DM 21.000,- Schmerzensgeld zu und orientiert sich dabei an sechs Monatsgehältern, die zu zahlen gewesen wären, bis nach Ablauf der Probezeit ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis entstanden wäre.⁴⁴⁾

Das Arbeitsgericht Hamburg läßt § 611 a Abs. 2 BGB als richtlinienwidrig außer Acht und gründet den zuerkannten Schadensersatz auf den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ob die Klägerin die bestqualifizierte Bewerberin gewesen wäre, sei dabei unerheblich. Als spürbare Sanktion betrachtet das Gericht ebenfalls einen Schadensersatz in Höhe von sechs Monatsgehältern und gelangt auf diese Weise zu einer Schadenshöhe von DM 15.000,-.⁴⁵⁾

Ein weiteres Problem des gleichen Zugangs von Mann und Frau zum Arbeitsleben kam aufgrund der gemeinschaftskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung nicht zum Tragen. Immerhin ist es vor den Gerichtshof gebracht worden. Der Vertreter der britischen Regierung betonte, daß sich die Richtlinie nur an die Mitgliedstaaten wendete.⁴⁶⁾ Zu Art. 119 EWGV scheute sich der Gerichtshof nicht, auch private Arbeitgeber für verpflichtet zu halten. Kann man eine solche Horizontal- oder Drittwirkung auf die Richtlinie ausdehnen? Ich habe dagegen Bedenken.⁴⁷⁾ Die Richtlinie kann nach Art. 189 Abs. 3 EWGV nur Mitgliedstaaten zu Adressaten haben. Sie braucht nicht einmal veröffentlicht zu werden. Gewöhnlich geschieht dies zwar, aber selbst dann ist es schwer vorstellbar, von Privatpersonen zu verlangen, einen nicht an sie gerichteten Rechtsakt zu befolgen. Die Horizontal- oder Drittwirkung sollte daher aus rechtsstaatlichen Gründen bei Richtlinien ausgeschlossen sein. Für den Fall, der vor dem Arbeitsgericht Hamm spielte, hätte allerdings die Möglichkeit bestanden, das Land Nordrhein-Westfalen als öffentlichen Arbeitgeber für verpflichtet anzusehen, der Richtlinie ohne Umsetzung ins nationale Recht nachzukommen, weil im Verhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht die öffentliche Hand im Mitgliedstaat mit bundesstaatlicher Struktur als Einheit zu betrachten ist. Für den Hamburger Fall wäre das indessen keine Lösung gewesen. Dort war ein privates Unternehmen verklagt. Die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht fügte jedoch § 611 a Abs. 1 als Schutzgesetz im Rahmen eines Schadensersatzan-

spruches nach § 823 Abs. 2 BGB dienen. Auf diese Weise ist das Problem der Horizontal- oder Drittwirkung entschärft.

Zum Abschluß ist noch auf einen Gesichtspunkt aufmerksam zu machen, der über die juristische Ebene hinausführt. Der Europäische Gerichtshof hat es sich angelegen sein lassen, ein Gebiet gemeinschaftsrechtlich zu erschließen, die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben, die über den wirtschaftlichen Zweck des EWG-Vertrags hinausreicht. Der Gerichtshof hat damit eine europäische Bühne für ein heftig umkämpftes Ziel geschaffen. Die Rechtsprechung weist also einen Weg, für ein Europa der Bürger einzutreten, wie es im Tindemans-Bericht zum Ausdruck gekommen ist.⁴⁸⁾ Vielleicht hat sich der Verfasser des Berichts nicht einmal vorgestellt, daß auch die juristische Schiene zum Ausbau dieses Europas beitragen kann. Die große Beteiligung von Presse, Rundfunk und Fernsehen wie auch das Engagement des wissenschaftlichen und politischen Schrifttums im Streit um die Gleichberechtigung vor dem Europäischen Gerichtshof zeigen jedoch, daß hier ein neuer Raum eröffnet ist, um auf europäischer Ebene diskutieren und um Lösungen zu ringen. Das ist um so begrüßenswerter, als die nationale Rechtsprechung häufig noch nicht den Fortschritt im Europarecht erkannt hat. So ist bezeichnend, daß das Bundesarbeitsgericht nach dem Urteil Defrenne II im nationalen Recht mühevoll nach Rechtsgrundlagen für die Lohngleichheit gesucht hat, ohne Art. 119 EWGV überhaupt in Erwägung zu ziehen.⁴⁹⁾

Dieser positiven Seite ist allerdings auch eine negative an die Seite zu stellen. Kommen zur verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung noch die gemeinschaftskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung hinzu, wachsen die Befürchtungen, daß sich die Gerichte zu weit auf politisches Terrain vorwagen. Es erfordert immer wieder zurückhaltende und vorsichtige Richter, die alle Anhaltspunkte, die sich im Gesetz finden, auswerten und sorgfältig abwägen, damit gemeinschaftskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung nicht zur Durchsetzung von politischen Zielvorstellungen mißbraucht wird, von denen man glaubt, sie unter dem Deckmantel der Gemeinschaftskonformität in das Europarecht einschleusen zu können, ohne die Prärogative des Gesetzgebers zu beachten.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.

Diskussionsbericht

Ress bedankt sich beim Referenten und schneidet die Frage der Kompetenzen an, ohne die Kompetenzprobleme ausloten zu wollen, macht aber darauf aufmerksam, daß sich eine Fülle von Regelungsbefugnissen bei der Europäischen Gemeinschaft ansiedeln ließe, wenn man Art. 235 EWGV für menschen- oder grundrechtliche Zielvorstellungen einsetze. Bleibe man beim Bereich der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsleben, bereite die Umsetzung immer noch große Probleme. In erster Linie stellten sie sich bei der Wirkung einer Richtlinie. Seien in der Tat jedes Organ und jede Behörde Adressaten bei der Umsetzung der Richtlinie oder beschränke sich die Verpflichtung auf den Staat als solchen? Wenn der Staat die Richtlinie umgesetzt habe, auf was stütze sich dann der nationale Rechtsanwender, auf das nationale Gesetz oder auf die Richtlinie? Wenn er das nationale Gesetz anwende, müsse er es im Sinne der Richtlinie auslegen?

Eine weitere Frage stelle sich, weil der Gerichtshof sage, der Staat sei völlig frei, die Verletzungen des Diskriminierungsverbots zu sanktionieren. Wenn er aber eine bestimmte Sanktion wähle, müsse die Sanktion einen bestimmten Charakter haben. Sie müsse nämlich effektiv sein. Nun sei er, Ress, kein Spezialist in Sanktionsmechanismen, es sei denn auf dem Gebiet des Völkerrechts, aber gerade dort gäbe es symbolische Sanktionen, die erhebliche Wirkung haben könnten. Es sei zu fragen, woher der Europäische Gerichtshof eigentlich die Anforderung nehme, einen spezifischen Charakter der Sanktion zu verlangen. Hier gehe der Gerichtshof in ein Detail, das nicht in der Richtlinie stehe. Die Konsequenz müsse eigentlich sein, daß die Mitgliedstaaten überhaupt keine Sanktion festsetzten. Wäre das zulässig?

Die nächste Frage betreffe die Auslegung des nationalen Rechts. Was habe der nationale Gesetzgeber im Anwendungsgesetz wirklich beschlossen? Das sei wohl eine Auslegung des § 611 a Abs. 2 BGB. Sei darin eine offene Norm zu erblicken? Er, Ress, komme auf die Habilitationsthese des Referenten zurück. In der national geschlossenen Rechtsordnung könne man mit einer verfassungskonformen Auslegung operieren. Wesentlich schwieriger sei es, in einer national nicht geschlossenen Rechtsordnung mit der vergleichbaren Auslegung im europäischen Rahmen zurechtzukommen.

Müller-Dietz schließt sich einer Frage an, die Ress aufgeworfen hat. Gäbe es zur Abgrenzung der symbolischen von den effektiven Sanktionen empirisches Material? Ein weiterer Diskussionsteilnehmer erkundigt sich danach, ob es zum weit gefaßten Konzept der Direktwirkung von Richtlinien zu zählen sei, wenn diese zur Kontrolle bzw. zur Auslegung nationalen Rechts herangezogen würden. Schließlich wird die Frage gestellt, ob hier das europäische Recht die Ursache der Rechtsfortbildung sei oder ob nicht das Zivilrecht schon aus der nationalen Verfassung heraus interpretiert und angewandt werden müsse. Das Diskriminierungsverbot sei ja schon in den Grundrechten enthalten.

Der Referent beantwortet zunächst die Fragen von Ress. Wenn der Gerichtshof jedes Organ eines Mitgliedstaats für verpflichtet halte, das Richtlinienziel zu verwirklichen, könne man die These deswegen als etwas gewagt bezeichnen, weil Art. 189 Abs. 3 EWGV eine recht magere Grundlage dafür hergebe. Gerade bei den nationalen Gerichten fände sich aber ein Anhaltspunkt in Art. 177 EWGV, der für die These des Gerichts spreche. Es bestehe Einigkeit darüber, daß das Vorabentscheidungsverfahren unterschiedslos alle Gerichte erfasse, also ohne Rücksicht darauf, ob Gerichte des Bundes oder des Landes zu entscheiden hätten. Die Vorlage besäße keinen Sinn, ginge von der Vorabentscheidung keine Bindungswirkung aus. Die Vertragsschöpfer hätten somit zumindest für die Dritte Gewalt in den Vertrag hineingelegt, daß der Mitgliedstaat in seinen Untergliederungen einbezogen werde. Stehe das aber für die Gerichte fest, könne man die These verallgemeinern.

Zur Frage der Wirksamkeit der Richtlinie habe der Europäische Gerichtshof keine neue Linie eingeschlagen. Die Auffassung, daß die Richtlinie wirksam umgesetzt werden müsse, habe er schon früher geäußert. Der Gerichtshof stütze sich dabei zum einen auf Art. 189 Abs. 3 EWGV. Das Ziel sei danach verbindlich vorgegeben. Es ließe sich nicht erreichen, wenn die Mitgliedstaaten unwirksame Maßnahmen trafen. Zum zweiten sei der Richtlinie selbst zu entnehmen, daß die Gleichberechtigung nicht nur auf dem Papier stehen dürfe. Zum dritten sei an die Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue nach Art. 5 EWGV zu erinnern. Im Laufe des Verfahrens habe es allerdings durchaus Stimmen gegeben, die den Standpunkt vertreten hätten, eröffne die Richtlinie einen Ermessensspielraum, sei überhaupt keine Sanktion erforderlich. Mit § 611 a

Abs. 2 BGB sei die Bundesrepublik Deutschland daher sogar über das vom Gemeinschaftsrecht Gebotenen hinausgegangen. Diese Lösung habe sich freilich nicht durchsetzen können, der Referent hätte ihr auch seine Unterstützung versagt.

Der Gesichtspunkt der geschlossenen oder nicht geschlossenen nationalen Rechtsordnung gehöre zu den Grundlagen der Gemeinschaft. Die Weichen dafür seien aber schon längst gestellt. Der Europäische Gerichtshof habe den Standpunkt eingenommen, daß die Rechtsordnung der Gemeinschaft eine eigene Rechtsordnung bilde, die auf nationalem Territorium unmittelbare Geltung beanspruche und Vorrang gegenüber nationalem Recht besitze. Das Bundesverfassungsgericht habe dem zugestimmt, wenn auch mit einem kleinen Widerhaken bei den Grundrechten. Sicher sei das alles sehr umstritten gewesen. Bei den Staatsrechtslehrern hätte jedoch die "Kieler Welle" die Bedenken weitgehend hinweggespült. Auf dieser Grundlage sei es nur konsequent gewesen, die Rechtsfigur der Auslegung im Sinne des höherrangigen Rechts aus dem Verfassungsrecht auf das Europarecht zu übertragen.

Wann sei eine symbolische Sanktion wirksam? Dazu gäbe es im Europarecht in der Tat keine empirischen Untersuchungen. Obwohl der Referent kein Gegner der Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in die Rechtswissenschaft sei, meine er, daß sich ohne großen Aufwand annehmen lasse, der Arbeitgeber kümmerge sich um das Diskriminierungsverbot nicht, solange er nicht zu gewärtigen habe, daß er im Falle der Zuwiderhandlung mit einer Sanktion rechnen müsse. Man könne freilich einwenden, die Arbeitgeber würden zu Taktiken übergehen, die den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot verschleiern. Die Gefahr bestehe sicherlich. Die beiden Streitfälle hätten aber gezeigt, daß sich die Arbeitgeber in Widersprüche verwickeln könnten. Das lasse sich wohl auch in Zukunft nicht immer vermeiden. Die Erfahrungen in den Vereinigten Staaten mit den Sanktionen gegen Rassendiskriminierungen hätten gezeigt, daß eine Sanktion, die nur symbolischen Charakter trage, nicht genüge.

Das Kriterium der Wirksamkeit der Richtlinie sei im Normprogramm zu finden. Diskriminierungsverbot heiße, daß Chancengleichheit hergestellt werden müsse. Andere Merkmale als das des Geschlechts dürften und müßten ausschlaggebend sein. Dies lasse Raum offen, Arbeitsplätze zu bestimmen, bei denen es der

Beruf mit sich bringe, ein bestimmtes Geschlecht zu bevorzugen. Pressemeldungen zufolge sei die Bundesrepublik Deutschland im Verfahren der Gemeinschaftsaufsicht insofern unterlegen, als der Mitgliedstaat diese Berufsfelder nicht ausdrücklich benannt habe.

Auf einen Beitrag von Joost hin bemerkt der Referent, daß eine Sanktion nicht getrennt von der Handlung gesehen werden könne, die es zu sanktionieren gelte. Der Gesetzgeber sei nicht in der Lage, den Schaden zu begrenzen, indem er nur den Ersatz des Vertrauensschadens gewähre. § 823 Abs. 2 erkenne einen weitergehenden Schadensersatz als § 611 a Abs. 2 BGB zu, schneide man die deliktische Haftung ab, bleibe der angerichtete Schaden bestehen. In den Streitfällen hätte die bestqualifizierte Frau aufgrund des Diskriminierungsverbots genommen werden müssen. Werde ihr die Einstellung verweigert, läge darin ein Schaden. Scheide die Naturalrestitution aus, sei der Schaden nach dem entgangenen Gewinn zu bemessen. Eine knifflige Frage sei es dann, wo die Höchstgrenze liege. Alle dogmatischen Probleme seien bei der Vorbereitung des Verfahrens, aber auch im Verfahren selbst eingehend zur Sprache gekommen. Der Europäische Gerichtshof hätte in einer Anfrage an die Bundesregierung die Konkurrenz verschiedener Anspruchsgrundlagen hervorgehoben. Die Antwort sei ohne Zutun des Referenten zu knapp ausgefallen. Daher wäre gerade dieser Punkt Gegenstand ausführlicher Erörterung in der mündlichen Verhandlung gewesen. Daran hätten sich besonders intensiv die beiden Deutschen und der dänische Richter sowie die Generalanwältin beteiligt.

Der Referent stellt die Urteile in den Rechtssachen 14 und 79/83 in einen großen Zusammenhang hinein. Der Europäische Gerichtshof hätte eine klare Linie verfolgt, um Richtlinien mit Hilfe von privaten Klägern in den Mitgliedstaaten wirksam zu gestalten. Wenn es irgend gehe, billige der Gerichtshof den Einzelnen Rechte zu, beispielsweise im Falle Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt. Die Richtlinie Nr. 76/207/EWG hätte aber keine Anhaltspunkte dafür geboten, daraus ebenfalls konkrete Rechtsfolgen abzuleiten. In Gestalt der gemeinschaftskonformen Auslegung nationalen Rechts hätte sich dann aber eben doch ein Hebel ansetzen lassen, um der Richtlinie zur Wirksamkeit zu verhelfen. Auf eine Zwischenfrage hin erklärt der Referent, daß das Diskriminierungsverbot beim gleichen Zugang zur Beschäftigung dem nationalen Recht entspringe.

Zum Schluß geht der Referent auf den Stellenwert des Verfassungsrechts im Bereich der Gleichberechtigung von Mann und Frau beim Zugang zur Beschäftigung ein. Er habe sich schon Gedanken gemacht, warum das Bundesarbeitsgericht davor zurückgeschreckt sei, das Gemeinschaftsrecht heranzuziehen. Ebenso könne man sich fragen, warum das Verfassungsrecht nicht stärkeres Gewicht als bisher erhalte. Vor allem hätte es nahegelegen, im Streitfall vor dem Arbeitsgericht Hamm Art. 33 GG für erheblich zu halten, sei doch ein öffentlicher Arbeitgeber verklagt gewesen. Aber selbst im Hamburger Fall hätte man an die Pflicht zur Gleichbehandlung aus der Verfassung denken können, die Drittwirkung der Grundrechte sei bei Tarifverträgen gerade vom Bundesarbeitsgericht verfochten worden. Zumindest hätte man die verfassungskonforme Auslegung erwägen können. Nunmehr sei allerdings das Feld europarechtlich besetzt, das Verfassungsrecht trete in den Hintergrund.

Anmerkungen:

- + Zur Veröffentlichung überarbeitete Fassung eines Gastvortrags am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, gehalten am 29.05.1985. Die Vortragsform ist weitgehend beibehalten, aber um einige Fußnoten ergänzt.
- 1) Im folgenden kurz Europäischer Gerichtshof (EuGH) genannt.
- 2) EuGH (Urt. v. 10.04.1984), Rs. 14/83 (von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen) und 79/83 (Harz/Deutsche Tradax), bislang noch nicht in der Amtlichen Sammlung zu finden, wohl aber in: AP Nr. 1 und 2 zu § 611 a BGB; BB 1984, S. 1231; DB 1984, S. 1042; EuR 1984, S. 311; NJW 1984, S. 2021; RdA 1984, S. 252.
- 3) Arbeitsgericht Hamm (Beschl.v. 06.12.1982), DB 1983, S. 1102 f. m.Anm. Albert Bleckmann.
- 4) Richtlinie v. 09.02.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, AB1/EG Nr. L 39/40.
- 5) Gesetz v. 13.08.1980, BGBI I, S. 1308; eingehend dazu Heide M. Pfarr/Klaus Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, 1985, m.w.N..
- 6) Arbeitsgericht Hamburg (Beschl.v. 05.07.1982), BB 1983, S. 1858 f..
- 7) Ausführliche Darstellung des Ablaufs der Verfahren, der Schlußanträge der Generalanwältin und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs bei Zuleeg, RdA 1984, S. 325-332; vgl. auch Gert Nicolaysen, EuR 1984, S. 380-392.
- 8) VO (EWG) über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft v. 15.10.1968, AB1/EG Nr. L 257/2, ber. Nr. L 295/12, geändert durch VO (EWG) Nr. 312/76 v. 09.02.1976, AB1 L 39/2.
- 9) Vgl. Hanns Jürgen Küsters, Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1982, S. 375 f..
- 10) EuGH (Urt. v. 25.05.1971), Rs. 80/70 (Defrenne/Belgischer Staat), Slg. 1971, 445 (bekannt als Defrenne I); (Urt. v. 08.04.1976), Rs. 43/75 (Defrenne/Sabena), Slg. 1976, 455 (bekannt als Defrenne II); (Urt.v. 15.06.1978), Rs. 149/77 (Defrenne/Sabena), Slg. 1978, 1365 (bekannt als Defrenne III).
- 11) EuGH, Urt. Defrenne II, S. 473.
- 12) EuGH, Urt. Defrenne III, S. 1379; vgl. zu dieser Entwicklung auch Nicolaysen, EuR 1984, S. 380 (381).
- 13) EuGH, Urt. Defrenne II, S. 475 f..
- 14) EuGH, Urt. Defrenne II, S. 480.
- 15) EuGH, Urt. Defrenne III, S. 1379 f..
- 16) Darauf beruft sich der EuGH im Urt. Defrenne II, S. 473, 479.
- 17) EuGH, Urt. Defrenne III, S. 1378.
- 18) Statt aller: Gerhard Binkert, JZ 1979, S. 747 (749); Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, S. 1297.

- 19) Vgl. Klaus Adomeit, DB 1980, S. 2388 f..
- 20) Pfarr, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1980, S. 17 (19).
- 21) Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, 1985, S. 72.
- 22) Dazu Pierre Pescatore, L'effet des directives communautaires - une tentative de démythification, Recueil Dalloz 1980, Chronique S. 171-176; Zuleeg, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) 1980, S. 466 - 485.
- 23) So namentlich EuGH (Urt. v. 19.01.1982), Rs. 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt): "Wirkung der Richtlinie", Slg. 1982, 53 (70 f.).
- 24) EuGH (Urt. v. 15.07.1964), Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. X 1251 (1269- 1276)
- 25) In diesem Sinne auch viele Äußerungen im Schrifttum; z.B. Christine Hohmann-Dennhardt, Ungleichheit und Gleichberechtigung, 1982, S. 27.
- 26) Näheres bei Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, S. 1297 (1298-1301).
- 27) Rolf Birk, Neue Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht (NZA) 1984, S. 145 (147).
- 28) Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz), BT-Drucks. 8/3317, Anhang S.9.
- 29) Peter Hanau, Der gleiche Zugang zur Beschäftigung in der Privatwirtschaft nach deutschem Recht, Gedächtnisschrift Otto Kahn-Freund, 1980, S. 457 (459-462).
- 30) Grundsatz der Wirksamkeit einer Richtlinie; vgl. EuGH (Urt.v. 06.07.1982), Rs. 61/81 (Kommission/Vereinigtes Königreich): "Gleiches Entgelt für Männer und Frauen", Slg. 1982, 2601 (2116 f.).
- 31) Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, Kölner Schriften zum Europarecht (KSE) Bd. 9, 1969, S. 62, 197.
- 32) EuGH (Urt.v.: 01.12.1965), Rs. 16/65 (Schwarze/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. XI 1151 (1165); (Urt.v. 16.01.1974), Rs. 166/73 (Rheinmühlen-Düsseldorf/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel): "Folgen letztinstanzlicher Urteile", Slg. XX, S. 33 (38).
- 33) Pfarr, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1980, S. 17 (20 f.); auch jetzt noch: ArbG Oberhausen (Urt.v. 08.02.1985), NZA 1985, S. 252.
- 34) Alfred Söllner, Münchener Kommentar, Ergänzungsband, Stand 1984, Rdn. 18 zu § 611 a BGB
- 35) Bleckmann, DB 1984, S. 1574 (1576).
- 36) ArbG Hamm (Urt.v. 06.09.1984), DB 1984, S. 2700; vgl. auch Bleckmann, DB 1984, S. 1574 (1576): Die europarechtskonforme Auslegung dränge die historische und die systematische Auslegung zurück.
- 37) Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, S. 1297 (1300 f.).
- 38) Siehe oben Fn. 28.

- 39) Reinhold Zippelius, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Festgabe Bundesverfassungsgericht, Bd. II, 1976, S. 108 (110 f.).
- 40) So aber anscheinend Bleckmann, DB 1984, S. 1574 (1575).
- 41) Christian Joerges, in: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rudolf Wassermann (Hrsg.), 1979, Rdn. 57 vor §§ 823 ff..
- 42) So mein Vortrag vor dem EuGH, nachgezeichnet in RdA 1984, S. 325 (329-332).
- 43) In Anlehnung an die verfassungskonforme Rechtsfortbildung. Zippelius, zitiert in Fn. 39, S. 121, spricht von "verfassungskonformer Rechtsergänzung". Vgl. auch Birk, NZA 1984, S. 145 (149).
- 44) ArbG Hamm (Urt.v. 06.09.1984), DB 1984, S. 2700. Birk, NZA 1984, S. 145 (149), befürwortet auch, die Zeitspanne von einem halben Jahr zugrunde zu legen.
- 45) ArbG Hamburg (Urt.v. 07.03.1985), DB 1985, S. 1402. In diesem Zusammenhang ist auf das Urt. des ArbG Oberhausen (Urt.v. 08.02.1985), NZA 1985, S. 252, hinzuweisen, das der Rechtsansicht der Bundesregierung (dazu Ludger Reuber, DB 1984, S. 1476 f.) nicht zu folgen geneigt ist. Man könne aber doch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schmerzensgeld zusprechen, sofern kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Die Höhe könne sich nicht nach der Probezeit richten, auch nicht nach dem Kündigungsschutzgesetz, vielmehr sei eine Interessenabwägung am Platze. Eine abschreckende Wirkung wäre mit einem Schadensersatz in Höhe von fünf Monatsgehältern zu erzielen.
- 46) Schriftliche Erklärungen des Vereinigten Königreichs zur Rs. 14/83, abgefaßt von Ian Glick, S. 12 f., unter Berufung auf die Generalanwälte Gerhard Reischl, Schlußanträge vom 20.02.1979 zur Rs. 148/78 (Ratti), Slg. 1979, S. 1647 (1650), und Sir Gordon Slynn, Schlußanträge vom 18.11.1981 in der Rs. 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt), Slg. 1982, 78 (81).
- 47) Bereits vorgebracht bei: Zuleeg, KSE 9, zitiert in Fn. 31, S. 187 f.; ZGR 1980, S. 466 (474); befürwortend hingegen Nicolaysen, EuR 1984, S. 380 (385-392).
- 48) Die Europäische Union, Bericht von Leo Tindemans an den Europäischen Rat, Bull./EG Beilage 1/76, S. 29-31.
- 49) BAG (Urt.v. 09.09.1981), E 36, 187 (199); siehe jetzt aber BAG (Vorlagebeschluß vom 05.06.1984), BB 1984, S. 1167.